

Il legal counsel interno nella riforma 231: un'assenza normativa culturalmente insostenibile

di **Cosimo Pacciolla**

Sommario. **1.** Premessa sistematica: la riforma come occasione mancata. - **2.** La doppia garanzia del rappresentante legale come indice di una tutela funzionale orientata alla stabilità del sistema. - **3.** Il legal counsel interno: una figura trasformata che il diritto non ha ancora riconosciuto. - **4.** Il paradosso dell'art. 103 c.p.p. e la geometria variabile della tutela. - **5.** Il diritto digitale come fattore di irreversibilità. - **6.** Comparazione e tendenze evolutive. - **7.** Una proposta di riflessione sistematica. - **8.** Conclusione

1. Premessa sistematica: la riforma come occasione mancata

La proposta elaborata dal Tavolo tecnico coordinato da Giorgio Fidelbo¹ rappresenta, nel panorama della riflessione giuridica italiana sulla responsabilità degli enti, il contributo dogmaticamente più maturo dai tempi della relazione di accompagnamento al decreto originario del 2001². L'elevazione della colpa di organizzazione a elemento costitutivo dell'illecito³, la riscrittura dell'art. 6 con

¹ Sulla proposta di riforma elaborata dal Tavolo tecnico coordinato da Giorgio Fidelbo, v. G. Fidelbo (a cura di), *Schema di disegno di legge delega per la riforma della disciplina della responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001*, elaborato presso il Ministero della giustizia (Tavolo tecnico istituito con d.m. 2021), ove si propone una revisione organica del sistema, con particolare riguardo alla tipizzazione dei modelli organizzativi, al rafforzamento dei criteri di imputazione dell'illecito all'ente e alla razionalizzazione del sistema sanzionatorio. Per un primo commento, v. anche G. Fidelbo, *Verso la riforma della responsabilità degli enti*, in *Sistema penale*, 2022.

² In dottrina, per l'inquadramento dogmatico dell'istituto in termini di *tertium genus* e per la lettura del modello come sistema di imputazione fondato sul c.d. deficit organizzativo, v. G. De Vero, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, Giuffrè, ult. ed., spec. p. 45 ss.; A. Alessandri, *Il decreto legislativo 231/2001: struttura e funzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 113 ss.; G. Fiandaca– E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, ult. ed., p. 643 ss.

³ Sulla nozione di colpa di organizzazione quale criterio di imputazione dell'illecito dell'ente, v. G. De Vero, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, Giuffrè, ult. ed., spec. p. 45 ss.; A. Alessandri, *Il decreto legislativo 231/2001: struttura e funzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 113 ss., che individuano nel deficit organizzativo il fondamento della responsabilità dell'ente.

superamento dell'inversione probatoria⁴, la nuova architettura premiale dell'art. 8-bis⁵, il raccordo con la disciplina del whistleblowing⁶: sono tutti segnali di una maturazione culturale del sistema che merita riconoscimento.

Eppure, proprio la raffinatezza sistematica della proposta rende più evidente, per contrasto, una lacuna che non può essere liquidata come trascurabile: il silenzio totale sulla condizione giuridica del *legal counsel* interno, del General Counsel, del responsabile legale d'azienda. Si tratta di una figura che la stessa riforma contribuisce ulteriormente a gravare di responsabilità funzionali, senza che nessuna delle sue disposizioni si preoccupi di dotarla degli strumenti di protezione corrispondenti.

Questa lacuna non è casuale né innocua. Essa riflette una persistente difficoltà culturale del sistema giuridico italiano⁷ — condivisa peraltro dalla giurisprudenza europea — a fare i conti con la trasformazione strutturale della funzione legale all'interno dell'impresa moderna⁸. Una trasformazione che negli ultimi vent'anni ha cambiato radicalmente la natura, il peso e l'esposizione di quella figura⁹, rendendola

⁴ Sul regime dell'onere della prova in materia di modelli organizzativi e sulla sua compatibilità con i principi del processo penale, cfr. Cass. pen. Sez. Unite n. 38343/2014 (ThyssenKrupp), nonché Cass. pen., Sez. IV, 18 settembre 2014, n. 4677, che chiariscono il ruolo dell'ente nella dimostrazione dell'efficace attuazione del modello.

⁵ In ordine ai meccanismi premiali e alla funzione incentivante del sistema sanzionatorio nel D.Lgs. 231/2001, v. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, ult. ed., p. 650 ss.; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 961 ss.

⁶ Sul coordinamento tra modelli organizzativi e sistemi di segnalazione interna, v. il D.Lgs. 24/2023 (attuativo della direttiva UE 2019/1937), che rafforza i presidi di prevenzione interna e incide sulla valutazione dell'idoneità dei modelli ex d.lgs. 231/2001.

⁷ Sul carattere non neutro delle lacune normative nei sistemi complessi di responsabilità, v. A. Baratta, *Funzioni della pena e teoria del reato*, Napoli, Jovene, 1982, spec. p. 87 ss., ove si evidenzia come le scelte di tipizzazione riflettano opzioni politico-criminali e non meri vuoti tecnici; in chiave più recente, v. anche M. Donini, *Il diritto penale tra crisi e trasformazione*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 213 ss.

⁸ Sulla trasformazione della funzione legale nell'impresa contemporanea, sempre più integrata nei sistemi di controllo e gestione del rischio, v. C. Piergallini, *La responsabilità da reato degli enti e la compliance aziendale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1041 ss.; nonché F. Centonze, *Corporate compliance e prevenzione dei reati*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 67 ss., che evidenziano il passaggio da una funzione meramente difensiva a una funzione strutturale di governo del rischio.

⁹ In chiave evolutiva, sulla crescente istituzionalizzazione delle funzioni di controllo interno e sul ruolo della funzione legale nei sistemi di governance societaria, v. O. Di Giovine, *Compliance e cultura del controllo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1321 ss.; nonché S. Seminara, *Impresa e responsabilità penale: modelli organizzativi e nuove frontiere della prevenzione*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 89 ss.

incomparabile con ciò che era quando la Corte di Giustizia decise le cause¹⁰¹¹ che ancora oggi vengono citate come autorità definitiva sul punto.

2. La doppia garanzia del rappresentante legale come indice di una tutela funzionale orientata alla stabilità del sistema

La novellata disciplina dell'art. 44¹² del decreto 231, nella versione proposta dal Tavolo tecnico, estende l'incompatibilità testimoniale al soggetto che rappresentava l'ente al momento della commissione del reato, indipendentemente dalle vicende successive della nomina e dalla scelta dell'ente di costituirsi o meno nel procedimento¹³. La ratio dell'intervento è chiara e sistematicamente apprezzabile: neutralizzare l'uso strumentale della costituzione di parte civile quale leva per modulare retroattivamente lo statuto processuale del rappresentante dell'ente e ricondurre a coerenza il sistema delle incompatibilità.

Letta in questa prospettiva, la previsione si iscrive in una più ampia traiettoria di razionalizzazione delle garanzie processuali nei procedimenti complessi, nei quali la sovrapposizione di ruoli soggettivi e posizioni funzionali rischia altrimenti di produrre asimmetrie difficilmente governabili. La scelta del legislatore riformatore mostra, in altri termini, una crescente attenzione alla dimensione organizzativa del processo penale dell'ente e alla necessità di stabilizzare ex ante le regole del gioco. La tutela che deriva al rappresentante legale opera così su un doppio piano: come indagato o imputato nel procedimento principale egli beneficia delle garanzie proprie del giusto processo; come rappresentante dell'ente — o come soggetto che tale funzione rivestiva al momento del fatto — è sottratto a meccanismi di pressione testimoniale che potrebbero altrimenti incidere indirettamente sulla posizione

¹⁰ Per l'impostazione originaria della giurisprudenza europea in materia di *legal professional privilege*, v. Corte di giustizia UE, causa 155/79, AM & S Europe, che fonda la tutela sul requisito dell'indipendenza del difensore, escludendo i giuristi d'impresa.

¹¹ In senso critico rispetto alla persistente adesione della Corte di giustizia a tale impostazione, nonostante l'evoluzione della realtà organizzativa delle imprese, v. J. Temple Lang, *The Legal Professional Privilege in EU Law and the Position of In-House Lawyers*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 155 ss., che evidenzia l'inadeguatezza dell'attuale assetto rispetto alle esigenze della compliance moderna.

¹² Sul regime dell'incompatibilità tra la qualità di rappresentante dell'ente e l'assunzione dell'ufficio di testimone nel procedimento a carico dell'ente, v. D.Lgs. 231/2001, art. 44, nonché, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 3635, che evidenzia il rischio di commistione tra funzione rappresentativa e funzione dichiarativa, in relazione alle esigenze di genuinità della prova.

¹³ In ordine alla rilevanza del momento della commissione del reato quale criterio di individuazione del soggetto incompatibile, a prescindere da successive vicende modificative della rappresentanza, v. Cass. pen., Sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 48890, che valorizza l'esigenza di evitare elusioni del regime probatorio mediante mutamenti formali nella governance dell'ente; in dottrina, cfr. E. Amodio, *Il procedimento a carico degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1205 ss.

processuale dell'ente stesso. Questa stratificazione non va letta esclusivamente come un surplus di protezione individuale, ma come uno strumento di equilibrio del sistema, volto a evitare cortocircuiti tra responsabilità personale e responsabilità organizzativa.

In questa chiave, la disciplina dell'art. 44 riformato offre un dato di particolare rilievo culturale: il legislatore mostra di riconoscere che, nei procedimenti 231, talune funzioni apicali svolgono un ruolo che trascende la dimensione individuale e assume una valenza istituzionale. La protezione accordata non è quindi meramente soggettiva, ma funzionale alla salvaguardia della corretta dialettica processuale in un contesto nel quale l'ente è chiamato a rispondere per una colpa di organizzazione. È proprio questo riconoscimento implicito della funzione, più che della persona, che consente di utilizzare la doppia tutela del rappresentante legale come parametro sistemico di confronto per valutare la posizione di altri soggetti chiave nella governance della legalità d'impresa. Se il sistema avverte l'esigenza di stabilizzare la posizione processuale di chi rappresenta l'ente in ragione del ruolo organizzativo ricoperto, diventa allora inevitabile interrogarsi sulla coerenza complessiva delle tutele approntate per coloro che, pur non rivestendo formalmente quella rappresentanza, operano stabilmente come presidi istituzionali della legalità organizzativa.

3. Il legal counsel interno: una figura trasformata che il diritto non ha ancora riconosciuto

La questione centrale che la riforma lascia irrisolta è la condizione giuridica del responsabile legale interno. Per comprenderne la portata, occorre partire da una constatazione empirica che la dottrina ha tardato a tematizzare con sufficiente nettezza: il *legal counsel* interno del 2026 è una figura ontologicamente diversa da quella che esisteva quando la Corte di Giustizia pronunciò le sue decisioni fondamentali in materia di *legal privilege*.

Nella sentenza *AM & S Europe Ltd c. Commissione* del 1982, e poi nelle successive decisioni che culminano in *Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Commissione* del 2010¹⁴, la Corte costruì il proprio ragionamento su una premessa che rifletteva la realtà organizzativa dell'epoca: l'avvocato interno è un dipendente, e come tale si trova in una posizione di subordinazione che compromette strutturalmente la sua indipendenza rispetto al cliente-datore di lavoro. L'indipendenza, condizione necessaria per il riconoscimento del privilegio professionale, era considerata

¹⁴ Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *legal professional privilege*, inaugurata da Corte di giustizia UE, causa 155/79, *AM & S Europe Ltd c. Commissione*, che ha subordinato la tutela alla condizione dell'indipendenza del difensore, escludendo i giuristi d'impresa, e successivamente ribadita, senza sostanziali aperture, da Corte di giustizia UE, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Commissione*, che ha confermato tale impostazione anche alla luce del mutato contesto organizzativo delle imprese.

incompatibile con il rapporto di lavoro subordinato. La Corte era peraltro esplicita nel riconoscere che questa conclusione non era universale: diversi ordinamenti degli Stati membri avevano già scelto di estendere la protezione all'avvocato interno, e la Corte non ne contestava la legittimità sul piano nazionale, ma limitava il proprio ragionamento al contesto del diritto europeo della concorrenza.

Quel ragionamento si collocava in un mondo in cui la funzione legale interna era prevalentemente reattiva e consultiva: l'avvocato interno forniva pareri su contratti, gestiva il contenzioso, coordinava gli studi esterni. La sua posizione rispetto alle decisioni strategiche dell'impresa era tendenzialmente marginale, e la sua esposizione a richieste investigative era corrispondentemente limitata.

Negli ultimi vent'anni questa realtà si è capovolta. La progressiva esplosione della regulatory complexity — diritto della concorrenza, normativa bancaria e finanziaria, GDPR, normativa ambientale, disciplina antiriciclaggio, normativa anticorruzione domestica e transnazionale, decreto 231 e sue successive stratificazioni, normativa sulla sicurezza dei prodotti e dei luoghi di lavoro, e più recentemente la costellazione normativa del diritto digitale dalla Direttiva NIS2 all'AI Act — ha trasformato il *legal counsel* interno in un soggetto che non si limita a consigliare ma che presidia, monitora, decide e risponde. Come ha scritto Ben Heineman jr.¹⁵, già General Counsel di General Electric e tra i più acuti teorici della funzione legale d'impresa, il General Counsel moderno deve essere al tempo stesso 'lawyer, counselor, and leader': non un consulente tra i tanti, ma un architetto della governance aziendale e un custode istituzionale dell'integrità dell'organizzazione.

In Italia questo processo è stato amplificato dalla stessa evoluzione della disciplina 231. Il decreto originario del 2001 richiedeva un modello organizzativo e un organismo di vigilanza: funzioni che potevano essere affidate a soggetti esterni o a organi societari esistenti. La stratificazione successiva — l'introduzione dei reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro con la Legge 123/2007, l'ampliamento ai reati ambientali, l'introduzione dei reati tributari con il D.L. 124/2019, il recepimento della Direttiva PIF con il D.Lgs. 75/2020, la disciplina del whistleblowing con il D.Lgs. 24/2023 — ha reso la compliance 231 una funzione permanente, strutturata e altamente tecnica, che nelle organizzazioni di media e grande dimensione è quasi invariabilmente affidata, in tutto o in parte, alla funzione legale interna.

Il *legal counsel* interno di un'impresa industriale medio-grande nel 2026 firma i pareri che orientano le decisioni di business con profili penalmente rilevanti, supervisiona la redazione e l'aggiornamento del modello organizzativo 231, coordina l'OdV o partecipa alle sue riunioni, gestisce il canale di segnalazione interna previsto dal D.Lgs. 24/2023, interfaccia le autorità di vigilanza nelle ispezioni, coordina le internal

¹⁵ B. W. Heineman Jr., *The Inside Counsel Revolution: Resolving the Partner-Guardian Tension*, in Harvard Business Review, 2007; Id., *High Performance with High Integrity*, Boston, Harvard Business Press, 2008, ove l'A. delinea la figura del General Counsel quale snodo tra funzione legale, governance e sistemi di controllo interno, attribuendogli un ruolo centrale nella promozione dell'integrità organizzativa e nella gestione dei rischi legali e reputazionali.



investigations quando emergono segnali di irregolarità, e risponde al consiglio di amministrazione e al comitato audit sui profili di rischio legale e di compliance. È, in termini funzionali, il presidio principale della legalità organizzativa che la riforma 231 intende rafforzare.

Questa trasformazione ha prodotto una conseguenza strutturale che il dibattito sulla riforma ha sino ad ora trascurato: il *legal counsel* interno non opera più come soggetto isolato ma come nodo di una rete difensiva complessa, nella quale il rapporto con il legale esterno non è accessorio ma costitutivo. Nelle organizzazioni di media e grande dimensione, la funzione legale interna e lo studio esterno di riferimento formano un sistema integrato: l'in-house presidia la continuità istituzionale, la memoria storica dell'ente, la conoscenza profonda dei processi organizzativi e dei centri decisionali reali; il legale esterno apporta la specializzazione tecnica, l'indipendenza formale e — crucialmente — la protezione processuale che il sistema già gli riconosce. È precisamente questa integrazione che consente all'ente di costruire una difesa effettiva: non la somma di due contributi paralleli, ma una strategia unitaria che nasce dalla continua osmosi tra chi conosce l'organizzazione dall'interno e chi la rappresenta verso l'esterno con le garanzie proprie del mandato difensivo.

Vi è però una dimensione ulteriore, e per certi versi più delicata, che rende questo rapporto non solo funzionalmente necessario ma strutturalmente irrinunciabile sul piano delle garanzie difensive dell'ente: il potenziale conflitto di interessi tra il *legal counsel* interno e il management. Il *legal counsel* interno è dipendente dell'ente, risponde gerarchicamente ai vertici aziendali e opera in un contesto in cui le pressioni organizzative — spesso implicite, raramente formalizzate — possono incidere sulla sua autonomia di giudizio anche quando egli agisce in piena buona fede. Nelle situazioni di maggiore criticità — quelle nelle quali la responsabilità 231 è più concretamente in gioco — è frequente che il management abbia un interesse individuale che diverge, o può divergere, dall'interesse dell'ente come soggetto giuridico autonomo: l'amministratore o il dirigente coinvolto ha ragioni proprie per orientare la narrazione interna, per selezionare le informazioni che circolano, per condizionare le scelte difensive dell'organizzazione. In questo contesto, il rapporto riservato con il legale esterno non è solo uno strumento di specializzazione tecnica: è la valvola attraverso cui l'ente può elaborare una posizione difensiva genuinamente autonoma rispetto agli interessi individuali di chi lo governa. Senza quella valvola — e senza la tutela del canale comunicativo che la alimenta — la difesa dell'ente rischia di essere colonizzata dagli interessi di chi, all'interno, ha le maggiori ragioni per orientarla nella direzione più conveniente per sé.

4. Il paradosso dell'art. 103 c.p.p. e la geometria variabile della tutela

Qui si tocca il punto che più acutamente rivela l'incoerenza sistematica della disciplina vigente e della proposta di riforma. L'art. 103 c.p.p. — dedicato alle garanzie di libertà del difensore — estende la propria protezione, oltre che

all'avvocato difensore, ai consulenti tecnici e ai loro ausiliari. La disposizione vieta le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei difensori, dei consulenti tecnici e dei loro ausiliari, prescrive particolari cautele per le perquisizioni negli studi professionali, e limita le possibilità di sequestro della corrispondenza tra difensore e assistito.

La ratio di queste garanzie è pacifica in dottrina: tutelare la libertà e la riservatezza del rapporto difensivo, senza la quale il diritto alla difesa tecnica garantito dall'art. 24 Cost. si svuoterebbe di contenuto reale. Come ha scritto Franco Cordero¹⁶, il privilegio del difensore non è un privilegio corporativo ma una garanzia funzionale: protegge non il professionista in quanto tale, ma la funzione che svolge nell'interesse della difesa.

Ora, il consulente tecnico del difensore — si pensi al commercialista o all'ingegnere nominati dalla difesa in un processo per reati tributari o per disastro colposo — gode di questa protezione nella misura in cui svolge una funzione ausiliaria rispetto alla difesa. Anche il suo 'ausiliario' — figura non meglio definita dalla norma ma interpretata dalla giurisprudenza in modo estensivo — beneficia delle medesime garanzie.

Il *legal counsel* interno, invece, non gode di nessuna di queste protezioni. I suoi documenti, le sue e-mail, i suoi pareri interni possono essere acquisiti senza limitazioni nel corso di indagini che riguardano l'ente per cui lavora. Lui stesso può essere convocato come testimone e, a differenza del rappresentante legale ora tutelato dall'art. 44 riformato, non beneficia di alcuna incompatibilità. I suoi archivi elettronici — nei quali si trovano, tipicamente, la documentazione dell'intera attività di compliance, i pareri sui profili di rischio delle operazioni, le note interne sulle segnalazioni ricevute, le comunicazioni con l'OdV — sono, in linea di principio, liberamente accessibili all'autorità giudiziaria.

Il paradosso è di una stridente evidenza: il tecnico esterno nominato dalla difesa dopo che il procedimento è già iniziato gode di protezioni che non sono riconosciute al professionista che ha trascorso anni a costruire dall'interno i presidi di prevenzione che la disciplina 231 richiede. L'ausiliario di un consulente di parte beneficia di garanzie che non si estendono al soggetto istituzionalmente incaricato di presidiare la legalità organizzativa dell'impresa.

Questa asimmetria non è semplicemente irragionevole sul piano pratico: è incoerente sul piano dei valori che il sistema dichiara di voler promuovere. Se l'obiettivo della riforma 231 è incentivare le imprese a dotarsi di strutture di compliance robuste e presidiate, e se si riconosce che quelle strutture sono essenzialmente costruite e gestite dalla funzione legale interna, allora esporre sistematicamente quella funzione a rischi investigativi non bilanciati da alcuna protezione equivale a mandare un messaggio istituzionale contraddittorio: costruite

¹⁶ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, ult. ed., spec. p. 269 ss., ove l'A. riconduce il segreto professionale e le prerogative del difensore alla loro funzione di garanzia del diritto di difesa, escludendone una natura meramente corporativa.

la compliance, ma sappiate che tutto ciò che produce in quella funzione potrà essere usato contro di voi e contro l'ente che servite.

Le conseguenze di questa lacuna diventano ancora più acute se si considera la dinamica concreta del procedimento 231. Quando l'autorità giudiziaria avvia indagini nei confronti di un ente, il primo atto investigativo tipico è la perquisizione e il sequestro della documentazione interna: e quella documentazione è custodita, in larga misura, negli archivi della funzione legale interna. I pareri con cui l'in-house ha valutato i rischi di determinate operazioni, le comunicazioni con cui ha segnalato criticità al management, le note interne con cui ha orientato le scelte del modello organizzativo, le istruzioni trasmesse agli studi esterni per la gestione del rischio: tutto questo materiale è liberamente acquisibile, senza che il sistema riconosca alcuna forma di protezione. Ciò significa, in termini pratici, che l'autorità inquirente può ricostruire l'intera strategia difensiva che l'ente stava elaborando — inclusi i suoi punti di debolezza e le sue ipotesi più sensibili — prima ancora che quella strategia abbia potuto consolidarsi nel contraddittorio. Il canale comunicativo tra in-house e legale esterno, che è precisamente il luogo in cui quella elaborazione avviene, è esposto senza alcuno schermo: e con esso viene meno la condizione fondamentale affinché l'ente possa esercitare una difesa non solo nominale ma effettiva, in condizioni di parità rispetto all'accusa.

5. Il diritto digitale come fattore di irreversibilità

Il riferimento al diritto digitale come contesto di tendenze non più revocabili merita una riflessione autonoma, perché introduce una dimensione qualitativa nuova nel problema.

L'esplosione della *regulatory compliance* digitale — dalla disciplina della protezione dei dati personali introdotta dal GDPR nel 2018 alla Direttiva NIS2 recepita in Italia con il D.Lgs. 138/2024, dall'AI Act entrato in vigore nel 2024 ai futuri sviluppi della Digital Services Act e del Data Act — ha prodotto un fenomeno che non ha precedenti nella storia del diritto d'impresa: la legalizzazione densa e pervasiva di processi operativi che in precedenza erano governati esclusivamente dalla logica del business.

In questo nuovo contesto, il *legal counsel* interno non è più un soggetto che interviene a valle delle decisioni operative per valutarne la conformità giuridica: è un partecipante strutturale ai processi decisionali, il cui contributo è richiesto — spesso normativamente imposto — in tutte le fasi di progettazione, implementazione e revisione dei processi. Il GDPR impone la valutazione di impatto sulla protezione dei dati come prerequisito per determinate attività di trattamento: quella valutazione è tipicamente prodotta o supervisionata dalla funzione legale interna. L'AI Act richiede una valutazione di conformità per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio: anche quella funzione ricade nell'orbita della compliance legale. La Direttiva NIS2 impone misure di gestione del rischio di sicurezza informatica che devono essere validate sul piano della conformità normativa.

Il risultato è una documentazione interna di compliance che ha caratteristiche radicalmente diverse da quella che esisteva nel 2001¹⁷ o anche nel 2010¹⁸: è più densa, più strutturata, più pervasiva, e contiene inevitabilmente una mappatura dettagliata dei rischi — inclusi i rischi legali e penali — dell'attività aziendale. Questa documentazione, prodotta dalla funzione legale interna nell'esercizio di una funzione che la legge stessa richiede, si trova esposta all'acquisizione investigativa senza alcuna protezione.

Luciano Violante¹⁹, riflettendo sull'evoluzione del rapporto tra diritto e organizzazioni complesse, ha osservato che il diritto moderno non regola più solo condotte individuali ma processi organizzativi, e che questa trasformazione richiede categorie concettuali nuove. Il privilegio professionale dell'avvocato interno è esattamente una di quelle categorie nuove che il diritto fatica ad elaborare perché le sue strutture concettuali sono ancora ancorate all'immagine del professionista individuale che assiste un cliente individuale in una relazione bilaterale.

Vi è tuttavia una dimensione ulteriore, e per certi versi ancora più significativa, che il diritto digitale ha introdotto e che investe direttamente il ruolo del *legal counsel* interno: quella della costruzione creativa della fattispecie comportamentale. In un contesto normativo maturo e consolidato, il giurista d'impresa opera entro coordinate già tracciate: interpreta norme esistenti, le applica a situazioni date, ne valuta i margini di rischio. Nel diritto digitale — e in misura crescente nella disciplina dell'intelligenza artificiale, nella gestione dei dati, nella cybersecurity — quella certezza di contesto non esiste. Le disposizioni normative sono spesso formulate per principi, i regolatori emettono linee guida in itinere, la giurisprudenza è ancora scarsa o contraddittoria. Il *legal counsel* interno è chiamato in questo vuoto a fare qualcosa di strutturalmente diverso dalla semplice consulenza: deve costruire, spesso da solo o in stretta e necessaria collaborazione con il collega esterno, la regola di condotta che l'organizzazione adotterà, trasformandola in procedure operative, protocolli decisionali, clausole contrattuali, misure tecniche. Non interpreta il diritto vigente: contribuisce a crearlo, almeno nella sua declinazione applicativa interna. Questa

¹⁷ Il riferimento è al quadro normativo delineato, all'epoca, dal D.Lgs. 231/2001, nella sua formulazione originaria, che si limitava a introdurre un sistema di responsabilità degli enti fondato su modelli organizzativi ancora privi di una compiuta standardizzazione, senza prevedere obblighi generalizzati di risk assessment formalizzato o presidi strutturati di segnalazione interna.

¹⁸ Nel 2010, pur a fronte dell'ampliamento del catalogo dei reati presupposto e del progressivo consolidamento applicativo del D.Lgs. 231/2001, il sistema risultava ancora privo di una disciplina organica dei flussi informativi interni e dei canali di segnalazione, poi introdotti in modo più strutturato solo con interventi successivi, tra cui, in particolare, la L. 30 novembre 2017, n. 179 e, da ultimo, il D.Lgs. 24/2023 in materia di whistleblowing.

¹⁹ L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014, spec. p. 73 ss., ove l'A. evidenzia come il diritto contemporaneo sia sempre più chiamato a governare strutture organizzative complesse e non soltanto comportamenti individuali, con conseguente esigenza di rinnovare le categorie tradizionali della responsabilità giuridica.

funzione è per sua natura produttiva di una documentazione che non preesiste alla consulenza ma è la consulenza stessa: pareri articolati, valutazioni di impatto, matrici di rischio, framework di governance. Esporre sistematicamente quella produzione intellettuale all'acquisizione investigativa senza alcuno schermo di tutela significa colpire la funzione nel suo nucleo generativo, con effetti dissuasivi che si misurano non solo sulla protezione del singolo professionista ma sulla qualità complessiva della compliance aziendale.

6. Comparazione e tendenze evolutive

Sul piano comparatistico, la posizione italiana ed europea si trova sempre più isolata rispetto agli sviluppi internazionali. Negli Stati Uniti il *legal privilege* dell'avvocato interno è riconosciuto in tutti gli Stati e nella giurisdizione federale senza sostanziali distinguo rispetto all'avvocato esterno, purché la comunicazione protetta riguardi la richiesta o la fornitura di consulenza legale²⁰. Il test applicato — elaborato dalla giurisprudenza federale a partire da *Upjohn Co. v. United States* del 1981²¹ — è funzionale: rileva la natura della comunicazione, non lo status del soggetto che la produce. La Corte Suprema nel caso *Upjohn* aveva ragionato esattamente in termini che anticipano le esigenze delle organizzazioni complesse moderne: la protezione del privilegio deve coprire le comunicazioni che consentono all'impresa di conformarsi alla legge, perché senza quella protezione il flusso di informazioni necessario alla compliance verrebbe sistematicamente compromesso.

In Germania, il *Rechtsanwalt*²² dipendente da un'impresa può essere iscritto all'ordine professionale e beneficia delle garanzie corrispondenti, sebbene la questione dell'estensione piena del *Berufsgeheimnis* al rapporto interno sia ancora oggetto di dibattito. In Francia, dopo anni di discussioni, la riforma introdotta dalla *Loi Macron* del 2015 e poi sviluppata dal dibattito sull'*avocat en entreprise* ha

²⁰ Sul riconoscimento dell'*attorney-client privilege* anche in favore dei giuristi d'impresa nell'ordinamento statunitense, v. *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981), che ha esteso la tutela alle comunicazioni tra dipendenti e legali interni nell'ambito dell'attività aziendale; v. inoltre P. R. Rice, *Attorney-Client Privilege in the United States*, New York, Law Journal Press, ult. ed., spec. § 4:1 ss., ove si evidenzia come il privilegio operi, tanto a livello federale quanto statale, indipendentemente dalla natura interna o esterna del difensore.

²¹ Il riferimento è a *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981), con cui la Corte Suprema ha superato il precedente *control group test*, affermando che l'*attorney-client privilege* si estende alle comunicazioni tra legali interni e dipendenti dell'impresa quando effettuate al fine di ottenere o fornire consulenza legale nell'interesse della società, introducendo un criterio funzionale fondato sulla finalità della comunicazione e sul contesto aziendale.

²² Sul riconoscimento dello status professionale del *Rechtsanwalt* in-house nell'ordinamento tedesco, v. la disciplina della *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO), come modificata dalla legge del 2016 (*Syndikusrechtsanwalt*), che consente l'iscrizione all'ordine degli avvocati anche ai legali dipendenti d'impresa, riconoscendo loro — entro determinati limiti — le garanzie professionali proprie della funzione difensiva; cfr. altresì *Bundesverfassungsgericht*, 12 gennaio 2016, 1 BvL 6/13, che ha affermato la compatibilità costituzionale di tale figura.

progressivamente riconosciuto uno statuto più tutelato all'avvocato interno, anche se il modello resta diverso da quello anglosassone²³. In Olanda²⁴, Belgio²⁵ e nei Paesi scandinavi²⁶ esistono soluzioni variegata ma accomunate dal riconoscimento che la funzione consiliare interna merita una protezione funzionale analoga a quella esterna.

La stessa Corte di Giustizia, nella sentenza Akzo Nobel del 2010, aveva cura di precisare che il proprio ragionamento si limitava al contesto del diritto europeo della concorrenza e non impediva agli ordinamenti nazionali di adottare soluzioni più protettive. L'Avvocato Generale Kokott²⁷, nelle sue conclusioni in quel procedimento, aveva sollevato con notevole franchezza i dubbi sull'adeguatezza della soluzione adottata rispetto all'evoluzione della funzione legale d'impresa, pur concludendo per la conferma della posizione tradizionale in ragione della necessità di uniformità nell'applicazione del diritto europeo della concorrenza. Quelle perplessità non sono state superate: sono state aggirate.

²³ Sul dibattito relativo al riconoscimento dell'*avocat en entreprise* nell'ordinamento francese, v. la Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (*Loi Macron*), che ha avviato un processo di apertura, pur senza equiparare pienamente il legale interno all'avvocato indipendente quanto alle garanzie di riservatezza; cfr. Conseil National des Barreaux, *Rapport sur l'avocat en entreprise*, 2015, nonché più di recente il dibattito sulla proposta di introduzione dello *statut d'avocat en entreprise*, volto a rafforzare la protezione del *legal privilege* pur mantenendo la distinzione rispetto al modello anglosassone.

²⁴ Per l'ordinamento olandese, v. Akzo Nobel Chemicals Ltd v Commission (General Court, T-125/03), ove, pur nel contesto del diritto dell'Unione, emerge la tensione tra la tradizione nazionale — più aperta al riconoscimento della funzione del giurista d'impresa — e l'impostazione restrittiva della Corte di giustizia; in dottrina, cfr. B. Wesseling, *Legal Professional Privilege and Corporate Counsel in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1505 ss.

²⁵ In Belgio, v. la legge 1° marzo 2000 che istituisce l'*Institut des juristes d'entreprise*, riconoscendo ai giuristi d'impresa iscritti specifiche garanzie di riservatezza nell'esercizio delle loro funzioni; cfr. anche P. Van Ommeslaghe, *Le juriste d'entreprise en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

²⁶ Per i Paesi scandinavi, v. A. Hellner, *Legal Professional Privilege in Nordic Countries*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2007, p. 123 ss., ove si evidenzia come, pur con differenze tra ordinamenti, sia generalmente riconosciuta una tutela funzionale della consulenza legale interna, in coerenza con il ruolo istituzionale del giurista d'impresa nei sistemi di governance.

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Commissione, 29 aprile 2010, spec. parr. 103 ss., ove si sottolinea come l'esclusione dei giuristi d'impresa dalla tutela del *legal professional privilege* rischi di non riflettere adeguatamente l'evoluzione del loro ruolo all'interno delle organizzazioni complesse.

7. Una proposta di riflessione sistematica

La riforma 231, nel suo complesso, opera su una logica che potrebbe essere definita — usando una categoria cara a Günther Teubner²⁸ nella sua teoria dei sistemi sociali autopoietici — di accoppiamento strutturale tra il sistema giuridico e il sistema organizzativo dell'impresa. Il decreto 231 non pretende di penetrare direttamente nell'organizzazione aziendale per governarne i processi: crea incentivi e disincentivi che inducono l'organizzazione a produrre al proprio interno strutture di autoregolazione conformi agli obiettivi che il diritto persegue. Il modello organizzativo è esattamente questo: uno strumento di autoregolazione indotta, prodotto dall'organizzazione secondo le proprie logiche interne, ma orientato verso obiettivi giuridicamente definiti.

In questa logica, la funzione legale interna è l'interfaccia privilegiata tra il sistema giuridico e il sistema organizzativo: il soggetto che traduce gli imperativi giuridici in linguaggio organizzativo e viceversa, che costruisce i ponti tra la razionalità del diritto e la razionalità dell'impresa. Esporre sistematicamente questa interfaccia al rischio investigativo senza alcuna protezione equivale a sabotare l'accoppiamento strutturale che la disciplina 231 intende promuovere.

Una riforma che si ponga seriamente il problema non può limitarsi a enunciazioni di principio: deve tradurre il riconoscimento della funzione in garanzie processuali effettive, ancorandole al quadro costituzionale che già le rende, a ben vedere, non solo opportune ma necessarie. Il punto di partenza è l'art. 24 Cost., che garantisce il diritto di difesa come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. La Corte costituzionale ha da tempo chiarito — a partire dalla sentenza n. 2 del 1962 e poi in un consolidato filone giurisprudenziale che attraversa le sentenze nn. 188 del 1980, 192 del 1997 e 317 del 2009²⁹ — che quella garanzia non si esaurisce nel diritto dell'imputato di nominare un difensore, ma si estende all'effettività del rapporto difensivo: un'assistenza tecnica svuotata nei suoi contenuti dalla sistematica acquisizione dei materiali su cui si fonda è una difesa solo formale, non sostanziale. L'art. 111 Cost., nella sua formulazione introdotta dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, rafforza questa prospettiva imponendo che il processo si svolga nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità: una parità che risulta strutturalmente compromessa quando la parte privata non può confidare in alcun presidio di riservatezza per i materiali prodotti dalla propria funzione legale interna,

²⁸ G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993, spec. p. 53 ss.; Id., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 1983, p. 239 ss., ove l'A., muovendo dalla teoria dei sistemi, descrive il diritto come sistema autopoietico capace di autoregolarsi attraverso meccanismi riflessivi, attribuendo rilievo crescente agli strumenti di autoregolazione delle organizzazioni complesse.

²⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 2 del 1962; Corte cost., sent. n. 188 del 1980; Corte cost., sent. n. 192 del 1997; Corte cost., sent. n. 317 del 2009, le quali, pur in contesti differenti, affermano in modo costante la natura funzionale delle garanzie difensive, quali strumenti essenziali per l'effettività del diritto di difesa ex art. 24 Cost.

mentre l'accusa dispone di strumenti investigativi di acquisizione illimitata su quegli stessi materiali.

In questa cornice, i due interventi normativi prioritari si delineano con sufficiente precisione. Il primo è il riconoscimento esplicito di un privilegio funzionale per le comunicazioni prodotte dal *legal counsel* interno nell'esercizio della funzione consiliare: una protezione che segua la funzione e non il titolo professionale, modellata sul criterio funzionale elaborato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Upjohn* — dove ciò che rileva non è lo status del soggetto ma la natura della comunicazione, ovvero il suo essere diretta alla richiesta o alla prestazione di consulenza legale nell'interesse dell'ente. Il secondo è la revisione dell'art. 103 c.p.p. per includere esplicitamente le comunicazioni prodotte dal *legal counsel* interno nell'esercizio della funzione di compliance: un'estensione che il sistema già conosce nella forma dell'ausiliario del consulente tecnico del difensore, e che sarebbe irragionevole non riconoscere al soggetto che quella stessa funzione di presidio ha svolto stabilmente e istituzionalmente, molto prima che il procedimento avesse inizio. La questione dell'iscrizione all'albo — che pure conserva una sua rilevanza ordinamentale — può essere affrontata in sede separata e con minore urgenza: essa è strumentale rispetto al riconoscimento sostanziale della funzione, e subordinarvi la protezione significherebbe invertire la gerarchia tra il dato formale e quello funzionale che tutta la costruzione argomentativa qui proposta intende invece rovesciare.

8. Conclusione

La riforma 231 proposta dal Tavolo Fidelbo è un lavoro serio e culturalmente maturo, che merita il riconoscimento che gli è stato giustamente tributato. Ma la sua lacuna sulla condizione del *legal counsel* interno non è un dettaglio trascurabile: è il sintomo di una difficoltà strutturale del sistema giuridico a fare i conti con la trasformazione dell'impresa moderna e con le nuove morfologie della funzione legale.

Continuare a citare *Akzo Nobel* del 2010 come risposta definitiva a questa questione equivale a governare la mobilità urbana del 2026 con le categorie del codice della strada del 1959: formalmente possibile, sostanzialmente inadeguato. La tendenza verso il riconoscimento della funzione consiliare interna come funzione qualificata meritevole di protezione è, come si è detto, non più revocabile. Il diritto digitale, la compliance ESG, la normativa antiriciclaggio di nuova generazione, la disciplina dell'intelligenza artificiale: tutte queste evoluzioni convergono nel rendere il *legal counsel* interno un soggetto istituzionale dell'impresa moderna, non un semplice dipendente con competenze giuridiche. Trattarlo come tale non è solo ingiusto nei suoi confronti: è controproducente rispetto agli obiettivi che il sistema nel suo complesso dichiara di voler perseguire.

Vale la pena segnalare, in chiusura, una considerazione di ordine sistematico che il presente contributo non sviluppa compiutamente ma che ne attraversa la logica profonda. La proposta qui avanzata — e quella già acquisita nella relazione Fidelbo

per il rappresentante legale — guadagna ulteriore coerenza se letta alla luce di un orientamento interpretativo che appare destinato a consolidarsi: quello che riconduce la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001 entro una qualificazione squisitamente penalistica, superando le ambiguità della formula 'amministrativa dipendente da reato' che il legislatore del 2001 aveva adottato per ragioni di prudenza sistematica più che di convinzione dogmatica. Se la responsabilità dell'ente è — nella sua sostanza — responsabilità penale, allora le garanzie processuali che il sistema appresta per i soggetti coinvolti in quella vicenda di responsabilità non sono concessioni discrezionali del legislatore, ma corollari necessari dei principi costituzionali che presiedono al giusto processo e alla effettività della difesa tecnica. In questa prospettiva, estendere al *legal counsel* interno le protezioni funzionali già riconosciute ad altri attori del procedimento non è soltanto una scelta di politica legislativa ragionevole: è una risposta coerente con la natura del sistema sanzionatorio che si intende riformare e con le tutele che quel sistema — una volta pienamente ricondotto nell'alveo penalistico — non può non garantire.